

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

SOBRE A PROTEÇÃO DA VIDA ANTES DO NASCIMENTO: DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DOS DIREITOS DO NASCITURO

Angélica Eikhoff¹

Cláudia Taís Siqueira Cagliari²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A PERSONALIDADE JURÍDICA E OS DIREITOS DO NASCITURO. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O presente artigo busca analisar a forma pela qual o ordenamento jurídico pátrio trata a questão da personalidade jurídica e os direitos do nascituro. Para tanto, foram pesquisadas as principais correntes doutrinárias que versam sobre o tema, bem como realizada a análise axiológica das disposições jurídicas/legislativas atinentes. Ao final, o objetivo é confrontar a questão da personalidade jurídica do nascituro para verificar se a estes são reconhecidos ou não os direitos de personalidade jurídica. Ademais, além da questão da personalidade jurídica, a presente pesquisa procura também verificar quais os direitos ou garantias fundamentais que acompanham o nascituro desde o momento da concepção. Pretende-se enfrentar a problemática com base nos preceitos constitucionais atinentes, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, realizando assim, a chamada “filtragem constitucional” da matéria.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade Jurídica. Direitos do nascituro.

1 INTRODUÇÃO

A etimologia da palavra nascituro é originária do vocábulo latim *nasciturus*, particípio do passado de nascer, cujo significado representa ‘aquele que há de nascer’, ou seja, o ser humano que ainda se encontra no útero de sua genitora.

Ribeiro, em relação ao conceito etimológico da palavra nascituro, aponta:

A denominação nascituro, aquele que irá nascer, é originada do verbete latim *nasciturus*, não sendo utilizada pelo ordenamento para designar coisas e animais que irão nascer, mas para conceituar os seres humano vivos, distintos dos seus pais, que ainda se encontram no útero da mãe.³

¹ Acadêmica do 8º semestre do curso de Direito da SEI FAI Faculdades de Itapiranga. E-mail: angelicaeikhoff@gmail.com

²Doutora e Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul – RS, UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Coordenadora e Professora do Curso de Direito da FAI – Faculdade de Itapiranga – SC. E-mail: claudiatcagliari@gmail.com.

³RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos para o nascituro**: tutela do direito à vida. Curitiba: Juruá, 2011, p. 95.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

A questão do nascituro é tratada pelo segundo artigo do Código Civil brasileiro, o qual estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”⁴.

De uma análise superficial do referido dispositivo legal se verifica, em um primeiro momento, que a norma busca garantir e resguardar os direitos do nascituro desde sua concepção, concedendo, contudo, o direito de personalidade civil apenas quando do nascimento com vida.

No entanto, de uma abordagem mais profunda do referido dispositivo legal, percebe-se que a redação do mesmo acaba por gerar uma celeuma em relação ao tema, vez que, restringe a concessão de personalidade civil ao nascimento com vida, indo de encontro às disposições constitucionais regidas pelo princípio da dignidade humana.

Em outras palavras o Código Civil de 2002, quanto à questão do nascituro, o reconhece como um sujeito de direito concebido mas não nascido. Na mesma senda, é a doutrina de Maria Helena Diniz, para quem “nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei impõe a salvo”.⁵

A forma pela qual o assunto é tratado de forma expressa no *códex* civil faz surgir uma dúvida sobre a extensão da vontade da norma, ou seja, se a questão da personalidade jurídica do nascituro deve se basear na norma expressa civil, ou se deve ser verificada com base nas disposições constitucionais – regidas pelo princípio da dignidade humana – restringindo-se a forma textual do artigo.

De forma simples e precisa, se o nascituro possui ou não personalidade jurídica antes do nascimento?

2 A PERSONALIDADE JURÍDICA E OS DIREITOS DO NASCITURO

Antes de se buscar responder ao questionamento supra apontado, é necessário o entendimento do conceito de personalidade jurídica.

⁴Art. 2º do Código Civil Brasileiro – Lei 10.406/2002.

⁵DINIZ, Maria Helena, apud RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos para o nascituro**: Tutela do Direito à Vida. Curitiba: Juruá, 2011, p. 96.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

Para Beviláqua, personalidade jurídica é um conjunto de direitos atuais ou possíveis, atribuídas a uma pessoa, que de tal forma somente esta pessoa é que poderá ser sujeito de obrigações.⁶

Já para Gonçalves:

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica.⁷

O ordenamento jurídico pátrio reconhece a personalidade em sentido universal, quando afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, conforme artigo 5º, I, da Constituição Federal/88, sem qualquer distinção de idade, raça ou condição social.⁸

Nesse sentido é válida a lição de DINIZ quando afirma que “a personalidade jurídica, é um conceito que se estende a todos os homens, consagrado tanto na legislação civil quanto na constitucional, hierarquizado na mesma categoria que o direito à vida, a igualdade e a liberdade⁹.”

A personalidade jurídica deve ser entendida, portanto, como a capacidade genérica para se adquirir direitos e contrair obrigações, assim, a pessoa que tem personalidade jurídica deve ser reconhecida como um sujeito de direitos¹⁰.

Suprimida esta etapa voltamos à questão da personalidade jurídica do nascituro. No tocante ao tema, observa-se que há duas teorias principais – divergentes entre si -, quais sejam, teoria concepcionista e a teoria natalista.

Para a teoria natalista, a personalidade só é adquirida após o nascimento com vida, sendo consenso entre os representantes de tal corrente que antes do nascimento não há personalidade, visto que os direitos de personalidade que são

⁶BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito**. 2. ed. atual. pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro. Francisco Alves, 1976, p. 70-73.

⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 77.

⁸BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

⁹DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 01.

¹⁰CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil: Lições - Parte Geral, Obrigações, Responsabilidade Civil, Reais. Família e Sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 12.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

reconhecidos ao nascituro são condicionados há um evento futuro, qual seja, nascer com vida.

Em outras palavras, o nascituro é um ente concebido que no futuro se tornará um sujeito de direito, dependendo, para isso, apenas a ocorrência de nascimento com vida. Contudo, enquanto não concebido, será tratado, juridicamente, como uma prole eventual, uma situação que remete à noção de direito eventual, ou seja, mera situação de potencialidade de formação.¹¹

Enfim, a teoria natalista, com fundamento no texto expresso do artigo 2º do Código Civil brasileiro, somente reconhece o início da personalidade jurídica da pessoa no momento do nascimento com vida, após a separação do nascituro do ventre materno.

Por sua vez a teoria concepcionista reconhece a personalidade do nascituro desde o momento da concepção do feto, ou seja, durante o decorrer da vida *intra uterina*. Dessa forma, o nascituro passa a possuir personalidade jurídica desde sua concepção, contraindo direitos e obrigações, passando assim a ser considerado como pessoa e titular de direitos e interesses existenciais.

Nesse sentido é a explicação de Ribeiro:

É notória a dificuldade em se estabelecer um marco para o início da vida, bem como para a existência do nascituro, entretanto, nos tempos atuais, onde a vida intrauterina é registrada e conhecida através das imagens realizadas pelos modernos equipamentos de ultrassom, não mais se admite negar ao nascituro a condição de pessoa humana.¹²

Os postulados da teoria concepcionista, pela forma como tratam a situação do nascituro, acabam por contrariar a redação expressa contida no artigo 2º do Código Civil, contudo, a despeito de tal ofensa, tal entendimento representa uma especial atenção aos preceitos constitucionais de nossa carta magna, principalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

¹¹VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 137.

¹²RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos para o nascituro**: Tutela do Direito à Vida. Curitiba: Juruá, 2011, p. 96.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

Por tal razão, nos parece mais adequado o entendimento da teoria concepcionista, uma vez que, conforme acima mencionado, tal teoria representa, em nosso entender, a filtragem constitucional do dispositivo previsto no artigo 2º do código civilista brasileiro.

Maria Helena Diniz, de forma magistral, consegue desenvolver a questão da personalidade jurídica dos nascituros, concluindo que,

Na vida intra-uterina, existe personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançado os direitos patrimoniais e pessoais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.¹³

Os preceitos propostos pela teoria concepcionista parecem ser a melhor explicação para enfrentar o problema, visto que, conforme conclui a autora, o nascituro já possuiu personalidade jurídica, embora essa personalidade não seja plena/absoluta, utilizando a autora devidamente o termo “personalidade formal”, vinculando tão somente os direitos de personalidade. E quando do nascimento com vida, essa personalidade jurídica formal passa a se tornar uma personalidade jurídico material, passando a vincular, além dos direitos de personalidade, também os direitos pessoais e patrimoniais, que durante o período de concepção não passavam de mero direito potencial.

Neste sentido, é a lição de Pontes de Miranda:

[...] uma vez que os homens não adivinham e é de presumir-se que nasçam com vida os já concebidos, o sistema jurídico ressalva, desde a concepção os direitos do nascituro. Entre presumir-se que nasça morto e presumir-se que nasça vivo, todo - cálculo de probabilidade, política legislativa, equidade aconselha a ter-se por mais provável o nascimento com vida.¹⁴

Nesse ponto, entendemos que seja importante nova ressalva. Quando defendemos que o nascituro já possui personalidade jurídica, embora essa seja limitada – chamada personalidade jurídica formal –, buscamos que sejam

¹³DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 06.

¹⁴MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**- Introdução- Pessoas Físicas e Jurídicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Bossoi, 2001, p.240.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

assegurados os chamados “direitos humanos fundamentais”, tais como o direito à vida, alimentos, dignidade humana, saúde, integridade entre outros.¹⁵

O direito à vida é o mais importante direito do nascituro, por constituir um pré-requisito para a existência e o exercício dos demais direitos.¹⁶ A Constituição Federal no seu art. 5º prevê a proteção da vida de maneira geral, inclusive a do nascituro.

Nessa senda é a lição de Ribeiro, para quem o direito à vida

Deve ser compreendido, pois, como o primeiro de todos os direitos; não apenas em sentido cronológico, mas também em sentido axiológico, qual seja, o direito à vida fundante dos demais direitos constitutivos da pessoa, já que sem a vida não há que se falar em dignidade ou mesmo em personalidade.¹⁷

O direito à vida é um direito inviolável e fundamental da pessoa humana, que se encontra enraizado em diversos diplomas legais, como por exemplo na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que nos artigos 7º e 8º assevera o direito a proteção da vida da criança, responsabilizando o Estado pela sua efetivação, garantindo que a criança possa ter um desenvolvimento sadio.

O Código Penal Brasileiro, também prevê a garantia e preservação do referido direito no rol dos artigos 124 a 126, qualificando o aborto como crime contra a vida, buscando assegurar o direito à vida do sujeito que está para nascer reconhecendo, portanto, o nascituro como um ser humano.¹⁸

Ademais, o direito à vida também está consagrado em convenções internacionais, bem como no pacto de San José da Costa Rica de 1969, que prevê que “toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida, devendo este direito ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção, não podendo ser privado da vida arbitrariamente”.¹⁹

¹⁵RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos para o nascituro**: Tutela do Direito à Vida. Curitiba: Juruá, 2011, p. 15.

¹⁶MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas. 2002, p.30.

¹⁷RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos para o nascituro**: tutela do direito à vida. Curitiba: Juruá, 2011, p. 120.

¹⁸ **Código de Processo Penal**. Art. 124, 125 e 126. Disponível em: <http://www.planalto.org.br/aceso> em: 06. nov. 2014.

¹⁹ Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** Pacto de San José de Costa Rica, 1969.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

Em derradeiro, parece inquestionável o fato de reconhecer o nascituro como titular do direito à vida desde à concepção, não podendo a este ser privado de tal postulado básico de qualquer sistema jurídico.

Outro direito que deve ser assegurado ao nascituro é o atinente à alimentos, pois tal visa resguardar o desenvolvimento sadio até o momento do nascimento. O direito à alimentos gravídicos foi disciplinado, no ordenamento pátrio, pela lei nº 11.804/2008, a qual conferiu a mulher gestante a pretensão de pleitear ação de alimentos em face do suposto pai, bastando para tanto, convencer o juiz da existência de indícios de paternidade.

Proposta a ação e, em caso de condenação, o suposto pai, é obrigado a pagar os alimentos, que perduraram até o nascimento da criança, a fim de sanar as necessidades e despesas da gestante no período da gravidez até o parto.

Nesse sentido, Pontes de Miranda leciona:

A obrigação alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 4º) 26, pois antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria.²⁰

No entanto, é importante lembrar que a lei não exime a genitora da participação das despesas durante a gravidez, sendo assim necessária a mútua assistência dos pais, para garantir que o nascituro nasça saudável.

O direito de alimentos ao nascituro encontra-se tutelado também na Constituição Federal de 1988 que possibilita ao nascituro reivindicar o direito constitucional à vida bem como o direito a alimentos

Além do direito à vida e a alimentos, o ordenamento jurídico prevê ainda outros direitos ao nascituro, sempre buscando a proteção legal do nascituro a fim de que sejam garantidas as suas necessidades básicas para uma vida *intra* uterina digna, cabendo ao Estado prover as necessidades ao nascituro como para a gestante, a fim

²⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**- Introdução- Pessoas Físicas e Jurídicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Bossoi, 2001, p.260.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

de que o nascituro possa se desenvolver de forma sadia, sem sofrer quaisquer danos à sua existência.

3 CONCLUSÃO

Dessa forma, pelo que foi exposto no presente estudo, concluímos que a despeito dos pontos positivos de cada teoria que busca confrontar a questão da personalidade jurídica do nascituro, entendemos que a melhor resposta são as propostas apresentadas pela teoria concepcionista, a qual reconhece o nascituro como titular de personalidade jurídica, embora essa não seja plena, fazendo, portanto, jus à gama de direitos humanos fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988. Tal resposta, embora represente uma afronta direta à norma expressa no artigo 2º do Código Civil, é o resultado da filtragem constitucional da referida norma, levando em conta, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, é importante lembrar que a conclusão pelo reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro não busca representar um completo revês à norma expressa pelo Código Civil, pelo contrário, deve-se ter bem claro em mente que a personalidade reconhecida não é plena - como aquela que é reconhecida às pessoas nascidas com vida - mas sim, uma personalidade formal, que busca assegurar apenas assegurar a gama dos mínimos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito**. 2. ed. atual. pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro. Francisco Alves, 1976.

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

_____. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.org.br>. Acesso em 06. nov. 2014.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.org.br>. Acesso em 06. nov. 2014.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

_____. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil: Lições - Parte Geral, Obrigações, Responsabilidade Civil, Reais, Família e Sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

DINIZ, Maria Helena, apud RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos para o nascituro: Tutela do Direito à Vida**. Curitiba: Juruá, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado- Introdução- Pessoas Físicas e Jurídicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Bossoi, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas. 2002.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** Pacto de San José de Costa Rica, 1969.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos para o nascituro: tutela do direito à vida**. Curitiba: Juruá, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. I. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.